学术专论

雍乾时期存留承祀条的缘起及演变

王奥运

[摘要] 存留承祀条如何产生、如何发展，与存留养亲条有何联系与区别？详考清初零散例文与例案可知，雍正年间，为解决杀胞兄案犯“宗嗣乏人”的司法难题，统治者从犯罪存留养亲制度中衍生出了犯罪存留承祀条。乾隆年间，因实践中出现“大宗不可绝，小宗可绝”和服制命案轻重失衡等司法非议，统治者将存留承祀条文适用对象从杀胞兄案犯转为杀妻案犯。为使罪责刑相适宜，刑罚方式也从“免死枷责释放”变更为“免死遣所承嗣”。清代统治者为平衡国家刑罚权力与独子案犯“无后为大”社会观念之间的矛盾，基于一系列类案创制并完善了存留承祀条例，其与存留养亲条形似而神异。

[关键词] 存留承祀　存留养亲　大宗小宗　流放　中华法系

[**中图分类号**] K249.2 [**文献标识码**] A [**文章编号**] 1002 – 8587（2025）– 04 – 077 – 010

晚清重臣张之洞在《劝学篇》中指出清代有十大仁政之策：“本朝立法平允，其仁如天，具于《大清律》一书：……七、孤子留养；八、死罪系狱，不绝其嗣……”① 其中第七条“孤子留养”即指独子犯罪存留养亲条，此条由来已久，至少可追溯至魏晋时期。古代统治者出于支持孝养和教化案犯的目的，对“家有老亲应侍”的独子案犯一般作减免刑罚或暂缓刑罚的优待处置，此即独子犯罪存留养亲制度。

第八条“死罪系狱，不绝其嗣”则为雍正帝在存留养亲条基础上创设的存留承祀（或称“存留承嗣”）条。张之洞对存留承祀条评价甚高，将之视为清代十项“慎刑仁政”之一。吉同钧对此条亦赞誉有加：“此历来未有之旷典，曲体人情之极至者也。”② 董康同样如此评价：“许其承嗣，凡此皆属仁政之一，永堪备后世模范也。”③

存留承祀条既然如此重要，相关论述必当丰富翔实，然若细细查阅资料，则会发现就此话题多有“未知其故”④“无从查考”⑤ 之类的含糊表述。沈家本在《历代刑法考》中仔细梳理了存

[收稿日期] 2024–08–16
[作者简介] 王奥运（1992—　），女，浙江财经大学法学院讲师，杭州 310018，way0101way@126.com
[基金项目] 国家社科基金重点项目“清朝经营西北边疆成败得失研究”（20AFX006）阶段性成果。

① 张之洞：《劝学篇・教忠第二》，上海书店出版社，2002 年，第 8–9 页。
② 吉同钧：《大清现行刑律讲义》，栗铭徽点校，清华大学出版社，2017 年，第 51 页。
③ 董康：《清秋审条例》，杨一凡编：《清代秋审文献》第 30 册，中国民主法制出版社，2015 年，第 413 页。
④ 薛允升撰，黄静嘉点校：《读例存疑重刊本》第 2 册卷 3，成文出版社，1970 年，第 66 页。
⑤ 祝庆祺等编：《刑案汇览三编》第 1 册卷 2《殴死妻准承祀此外一概不准》，北京古籍出版社，2004 年，第 59 页。

留养亲律文的历代沿革，[①] 然未曾留意与之密切相关的存留承祀条。瞿同祖《中国法律与中国社会》一书详考存留养亲制度时，也只字未提存留承祀概念。[②] 另有若干学者则将留养与承祀混作一谈，统将“留养承祀”视作秋审四项结果之一。[③]

除了避而不谈的情况外，论著中相互抵牾之处亦不少见，如《清史稿·刑法志》言承祀条适用于弟杀胞兄案，“若殴兄致死，并得准其承祀”，[④] 冯尔康、张仁善均持此种观点。而薛允升则言承祀条“独见于殴死妻一项”，[⑤] 吉同钧、董康亦认为该条仅适用于夫殴死妻案，个中是非仍需一番考证。

总体而言，传统律学和当代学界相关成果多属简要论及存留承祀条之文化含义，并不深究此条的沿革，未曾对此条的具体内容、适用效果、变迁史等方面作过细致考证，亦未对存留养亲与存留承祀之区别做过深入分析。原因大体在于承祀规范散见于条例、上谕和例案等若干史料中，不见于正律，“律只言犯罪留养，而不言承祀”，[⑥] 相关材料散漫零碎。同为秋审结果之一的犯罪存留养亲制度历史悠久，史料集中，学术研究成果较为丰厚，相较之下，存留承祀则显得有些无足轻重，关注者不多。本文尝试利用《定例成案合镌》《例案全集》等清前中期成案材料，细致考证存留承祀条在雍正、乾隆年间的演变史，并在适用条件、刑罚方式等方面将存留承祀条与存留养亲条做充分对比，以期澄明存留承祀制度的独特样貌。

一、存留承祀条的颁布背景及原初内容

存留承祀条为清代统治者在存留养亲条基础上新设的一条例文，而存留养亲条文最早则可追溯至北魏时期，太和十二年（488）诏：“犯死罪，若父母、祖父母年老，更无成人子孙，又无期亲者，仰案后列奏以待报。著之令格。”[⑦] 唐以后各朝律典均详载该条。清廷入主中原之后，几乎全盘接受了儒家的孝亲伦理，也继承了历代中原王朝业已传续千余年的独子犯罪存留养亲制度，《大清律例》名例律篇中的犯罪存留养亲条规定与《大明律》无甚差别：

> 凡犯死罪非常赦不原者，而祖父母（高、曾同）、父母老（七十以上）、疾（笃废）应侍，（或老、或疾），家无以次成丁（十六以上）者（即与独子无异，有司推问明白），开具所犯罪名（并应侍缘由）奏闻，取自上裁。若犯徒、流（而祖父母、父母老疾无人侍养）者，止杖一百，余罪收赎，存留养亲。（军犯准此。）[⑧]

北魏至清，存留养亲条的适用条件几无变化，均为独子案犯家中“亲老、丁单”。然至康熙年间，司法实践中出现了若干弟殴死胞兄案，案犯不符合存留养亲条中“亲老、丁单”前提条件，但若不尽力矜恤宽免，案犯之家恐将绝嗣，实践中遂出现了变通之策。

（一）康熙年间杀兄案比照存留养亲条处置

康熙年间刊出的《定例成案合镌》中记载一案，康熙三十三年（1694）王子重殴死胞兄王九，案发之后，地方官查明兄弟俱无子嗣，父母已故，弟兄口角引发命案，案犯情罪较轻。经

---

① 沈家本：《历代刑法考》下册《明律目笺一·犯罪存留养亲》，商务印书馆，2011年，第774–777页。

② 瞿同祖：《中国法律与中国社会》“缓刑免刑”，商务印书馆，2010年，第74–78页。

③ 付春杨：《生死之间的权衡：清代死刑监候案件量刑情节论》，武汉大学出版社，2019年，第28页；马小红等：《中国法律史教程》，商务印书馆，2020年，第236页；朱勇主编：《中国法律史》，中国政法大学出版社，2021年，第293页；张晋藩主编：《中国法制通史（第八卷）·清》，中国法制出版社，2021年，第595页。

④ 《清史稿》卷142《刑法志一》，中华书局，1976年，第4185页。

⑤ 薛允升撰，黄静嘉点校：《读例存疑重刊本》第2册卷3，第66页。

⑥ 薛允升撰，黄静嘉点校：《读例存疑重刊本》第2册卷3，第66页。

⑦ 《魏书》卷111《刑罚志》，中华书局，1974年，第2878页。

⑧ 阿桂等纂：《大清律例》第1册，中华书局，2015年，第293页。

手官员考虑到此类案犯父母已故，兄弟一死一抵，后嗣灭绝，情确可悯，于是上奏请求“照存留养亲之例”存留人犯，获康熙帝准许，案犯经枷责后开释归家：

> 查王子重与胞兄王九并无嫌怨，因子重言及王九与马三住儿口角之非，王九先用石打子重，子重拾石还砍，适中王九额角殒命。今伊寡嫂王氏禀称，兄弟俱无子嗣，翁姑骸骨暴露等语。情有可原，应将王子重照存留养亲之例，枷号两个月，责四十板。奉旨依议。①

人犯王子重获准“照存留养亲之例”枷责释放。此案之后，康熙四十八年又出现一起康幸发扎死亲兄康健案。督抚查明案情后，称康幸发应照弟殴同胞兄死者律拟斩立决，同时援引康熙三十三年王子重殴死胞兄王九一案，说明两案“情事相符”，提请“比照前案”处置，人犯康幸发“照王子重之例枷号两个月，责四十板”，康熙帝准奏。②

康熙帝时期，统治者和司法官吏有意识地对弟杀胞兄案做出特殊考量，原因在于此类案件虽属卑幼杀伤尊长类型，理当归入“十恶”之列，但却有“刀下留后”的必要性。依清律，“十恶……四曰恶逆（谓殴及谋杀祖父母、父母，夫之祖父母、父母；杀伯叔父母、姑兄姊、外祖父母及夫者）”，“凡杀死本宗缌麻以上尊长及外姻小功尊属者，俱不准援赦”。③ 胞兄属于期年亲，杀死胞兄为“常赦所不原”之列，按法不得宽恕赦免。但弟殴死胞兄案相比其他卑幼杀尊长案较为特殊，虽只斩决案犯一人，实质上案中兄弟一死一抵，有些情况下甚至会导致宗祀斩绝，这在儒家文化中属于“生命不能承受之重”。儒家有“不孝有三，无后为大”之说，作为儒家核心思想的孝观念包含着丰富的内容，晨昏奉养是孝，延续宗族血脉也是孝。“孟子曰：不孝有三，无后为大。舜，不告而娶，为无后也……不娶无子，绝先祖祀，三不孝也。”④ 舜不告而娶，忤逆父命，违反了小孝，不过他延续了父辈血脉，尊奉了大孝。“大孝”正是康熙时期司法官对杀胞兄案犯给与特殊恤刑的重要考量因素。

需要说明的是，康熙年间，弟杀胞兄案犯比照存留养亲条处置的做法并未形成通例，当时也有对杀胞兄案犯适用免死减等处罚的例案。比如康熙三十三年《弟杀兄凡绝嗣者减等》案，吴立书殴死伊兄吴立棋，“此二子一被殴死，一复抵偿，便致绝嗣”，⑤ 司法官指出案犯确有可悯之处，但没有上奏请求比照存留养亲之例开释案犯，而是请求免死减等，亦获康熙帝许可。康熙年间，虽然若干弟杀胞兄案件的裁决结果尚不统一，不过统治者和司法官们对于谦抑国家刑罚权，以尽力保障男犯家族血脉延续方面则有共识。

（二）雍正四年杀兄者存留承祀条颁布

逮至雍正四年（1726），弟杀胞兄案的处理方式发生了关键变化。当年五月，刑部奏报吕高戳死胞兄吕美一案，案情并不复杂特殊，不过因着雍正帝一贯事无巨细、亲力亲为的做派，经与九卿商讨，正式颁布了宽恤杀胞兄者的例文：

> 雍正四年五月内，刑部议复吕高戳死胞兄吕美一案，奉旨：“一家兄弟二人，弟殴兄致死，而父母尚存，则有家无次丁存留养亲之请。倘父母已故，而弟杀其兄，已无请留养亲之人，一死一抵，必致绝其祖宗禋祀，此处甚宜留意……吕高杀死其兄，其家中有无承祀之人，交与该部察明具奏，嗣后应如何定例之处，着九卿确议具奏，钦此。”……谨将纂辑例文，开列于后……如非争夺财产，并无别情，或系一时争角互殴，将胞兄致死，而父母已故，别无兄弟，又家无承祀之人，

---

① 孙纶辑：《定例成案合镌》卷1《殴死胞兄嫂乞留养成案》，康熙五十八年刊本，东京大学东洋文化研究所大木文库藏（下同），馆藏号：大木－法类－例案－1，第23b页。

② 洪弘绪、饶翰辑：《成案质疑》卷1《犯罪存留养亲·弟殴兄死均无子嗣比例承祀》，乾隆二十年刊本，馆藏号：大木－法类－例案－14，第140页。

③ 阿桂等纂：《大清律例》第1册，第233、286页。

④ 杨伯峻译注：《孟子译注》卷7《离娄章句上》，中华书局，2010年，第167–168页。

⑤ 张光月辑：《例案全集》卷23《斗殴条·弟杀兄凡绝嗣者减等》，康熙六十一年刊本，馆藏号：大木－法类－例案－4，第16b页。

应令该地方官据实查明，取具邻佑、阖族、保长，并地方官印甘各结，将该犯情罪于疏内声明奏请。如蒙圣恩准其承祀，将该犯免死减等，枷号三个月，责四十板，存留承祀。[①]

雍正帝结合吕高戳死胞兄吕美案，明确指出独子案犯若“父母已故”，而弟杀其兄，家中既然没有应侍老亲，即不合存留养亲条，不过兄弟“一死一抵，必致绝其宗祖禋祀，此处甚宜留意”。经九卿讨论，雍正帝遂借此案颁布了弟杀胞兄的存留承祀专条：胞弟偶将兄长致死，无故杀等严重罪情，同时父母已故，家无承祀之人者，可声请存留承祀，经皇帝准允承祀的，案犯经枷责后释放归家。

中村正人指出，清朝关于存留承祀制度的“初次讨论”是在雍正四年。[②] 从以上爬梳整理之相关史料来看，可以确定存留承祀条的颁定是在雍正四年，但关于弟杀胞兄案犯如何处置的“讨论”，应当至少能够追溯至康熙时期。滋贺秀三同样通过吕高案论证存留承祀条颁布于雍正四年，并说存留承祀条相比存留养亲条“只限于犯罪不是有计划的行为的情况”。[③] 详而言之，两条之不同除了犯罪动机外，还体现在其他方面。

雍正帝在吕高案中，已指出了独子案犯“父母尚存”与“父母已故”的不同情况：“父母尚存”则需人犯在身侧日常奉养，若“父母已故”，而弟杀其兄，家中既然没有应侍老亲，即不合存留养亲条。因此，存留承祀与存留养亲条首先同时也是最重要之不同点在于适用家庭类型：老亲方面，存留养亲条要求家有老疾之亲或者寡居孀妇，而存留承祀条则要求案犯“父母已故”。所以有父母者不得适用存留承祀条，“有父母之人，弟杀胞兄，家无次丁，照律存留养亲”。[④] 这与两项制度的根本任务不同有关：“父母尚存”之“晨昏孝养”是存留养亲的目的，“父母已故”之“延宗祀”是存留承祀的主旨，[⑤] 由此才会在适用条件等方面表现出明显差异。

其次，存留养亲条规定案犯家无以次成丁，也即案犯须为“单丁”；存留承祀条同样要求案犯为“单丁”，但应属于“将胞兄致死，别无兄弟”之“单丁”。也因此，两者在适用案件类型方面存在很大差异。“非常赦不原，理直伤轻”案犯一般均可适用存留养亲，也即存留养亲制度本身并不主要针对家内犯罪，普通命案人犯均可适用存留养亲条，而唯有杀兄案犯才可适用存留承祀。

关于凡人相杀案，人犯如果符合亲老丁单要件，可以适用存留养亲；如果父母已殁，既已不需奉养，不得适用存留养亲，但也不可适用存留承祀。乾隆二年（1737）周宗贤殴死杨朝相一案中，司法官解释道，凡人相杀案与弟杀胞兄案相比，前者较为普遍，若凡人仗其父母已故，“杀人可以不死”，遂“好勇斗狠无所忌惮”，社会秩序将大受损害，所以殴死凡人案不得适用存留承祀，“是以当时议复谕旨，仅有弟殴胞兄致死，准其承祀之条，而致死旁人未经定例承祀也”。[⑥] 当然，乾嘉以降，史料中的确可见个别殴杀凡人案，经皇帝衡情断案，还是适用了存留承祀条。如乾隆八年马忠儿戳伤曹佑身死一案，案犯马忠儿“殴杀平人”，但若斩决马忠儿，“马氏一门断绝宗祀，情堪哀怜”，[⑦] 地方官声明案犯亲故丁单，声请将马忠儿免死枷责，存留承祀，后获皇帝准允。

最后，罪情方面，存留养亲条只有“理直、伤轻”的一般规定，没有特殊案情的限制。而根据雍正四年的存留承祀条，除了滋贺秀三所言“不是有计划犯罪”外，获准存留承祀的人犯应当符合兄弟之间“非争夺财产，并无别情，或系一时争角互殴”等几项具体要求。

综上，有千年历史的犯罪存留养亲制度旨在解决独子人犯当下对老亲的“生养”困境，而

---

① 郭成伟主编：《大清律例根原》第1册，上海辞书出版社，2012年，第82页。

② 中村正人：《清律犯罪存留养亲条补考（二·完）》，《金泽法学》2004年第3期，第147页。

③ 滋贺秀三：《中国家族法原理》，商务印书馆，2013年，第338页。

④ 郭成伟主编：《大清律例根原》第1册，第82页。

⑤ 杨景仁：《式敬编》卷3，《续修四库全书》第974册，上海古籍出版社，1995年，第615页。

⑥ 雅尔哈善辑：《成案汇编》卷1《殴死凡人无承祀之例年幼致死人减等援赦案》，乾隆十一年刊本，馆藏号：大木－法类－例案－6，第108页。

⑦ 沈如焞辑：《例案续增新编》卷2《殴人致死其父自缢存留承祀》，乾隆二十四年刊本，馆藏号：大木－法类－例案－5，第39页。

清朝统治者和司法官吏在解决弟杀胞兄案时，关注的是独子人犯对宗亲的“承嗣、祭祀”难题，雍正帝遂在存留养亲制度基础上另行创设了犯罪存留承祀条。

二、从杀兄案到杀妻案的适用变化

若依雍正四年的例文，存留承祀条仅可适用于弟杀胞兄案之结论确当无可置疑，正如《清史稿》言，承祀条适用于弟杀胞兄案，“若殴兄致死，并得准其承祀，恤孤嫠且教孝也”。① 冯尔康、张仁善均持此种观点：“存留承祀：此条例由存留养亲分离而来。若系胞弟杀死胞兄，家中别无其他男子，倘若依法处死凶犯弟弟，则会出现户绝的情形，故而为他减刑免死，避免产生香烟断绝的户绝现象。” ②

但事实上另一种说法亦不难见，如薛允升言承祀条仅可适用于夫殴死妻案，“例亦无犯死罪，准其承祀明文，而独见于殴死妻一项”；③ 吉同钧与之一致，“殴死妻及故杀妻之案，虽无父母可养，如系独子，准其承祀”；④《刑案汇览》载，“查留养之例，可以例之凡人，而承祀之案，则惟殴死妻有之”；⑤ 董康同样简略提及“夫致毙不顺之妻，亲亡故者，并许其承嗣”。⑥

就以上两种完全不同的结论，简单判定谁是谁非无甚意义，此中关键在于雍乾年间存留承祀条文的演变。

（一）大宗小宗之别和伦常失衡的非议

从雍乾时期司法实践来看，相比存留养亲条，适用存留承祀条的例案少之又少，尽管如此，后者事实上还是引起了相当多的司法争议。

存留承祀条在实践中遭遇到的一个重大挫折是例文未曾考虑“大宗、小宗”的现实。所谓“越细密的刑法漏洞越多”,⑦ 弟殴死胞兄，一死一抵，事实上并非必然导致“绝其祖宗禋祀”。儒家虽视父子同气，强调亲子关系是儒家伦理的核心，不过根据儒家礼制，宗族为同一血脉，“小宗可绝，大宗不可绝”,⑧ 在极端情况下，为保“大宗”之嗣，可以牺牲“小宗”之嗣。而存留承祀例文则不考虑“大宗、小宗”的先后问题，只规定弟殴死胞兄，导致“一家”无承祀的情况，条文未顾及“家”“户”“房”“族”在现实中的区别，明显太过宽泛，导致恤刑过滥。从司法实践来看，皇帝与大臣之间、大臣与大臣之间经常出现对弟杀胞兄案犯，或宽纵免死或严惩不贷等意见相左的情况。正因此，薛允升提出“平情而论，留养已属宽典，若推及于承祀，则未免太宽矣”，⑨ 遂建议删除之，也算是意料之内。

在实际案件中，的确出现了司法官对“绝一人之祀”“绝一家之祀”和“绝一族之祀”的权衡问题，并写入文书，上奏皇帝。通常情况下，若只是绝人犯一人之祀，根据罪情轻重，皇帝对人犯或存或斩，若因此绝人犯一家之祀、一族之祀的，“非平常承祀者可比”，⑩ 皇帝对此类案

① 《清史稿》卷 142《刑法志一》，第 4185 页。。

② 冯尔康：《清代宗族史论》，天津人民出版社，2019 年，第 31 页；张仁善：《中国法律文明》，南京大学出版社，2018 年，第 367 页。引文同前者，后者文字略有差异。

③ 薛允升撰，黄静嘉点校：《读例存疑重刊本》第 2 册卷 3，第 66 页。

④ 吉同钧纂辑，闫晓君整理：《大清律讲义》，知识产权出版社，2017 年，第 16 页。

⑤ 祝庆祺等编：《刑案汇览三编》第 1 册卷 2《殴死妻准承祀此外一概不准》，第 59 页。

⑥ 董康：《清秋审条例》，《清代秋审文献》第 30 册，第 413 页。

⑦ 张明楷：《刑法格言的展开》“代序”，北京大学出版社，2013 年，第 5 页。

⑧ 需说明的是，“大宗”“小宗”为相对概念，而非绝对概念，诚如吕思勉所言，“如周公在鲁为大宗，在周为小宗。三桓在其族为大宗，在鲁为小宗”。吕思勉：《中国宗族制度小史》，山东画报出版社，2022 年，第 34、39 页。

⑨ 薛允升撰，黄静嘉点校：《读例存疑重刊本》第 2 册卷 3，第 66 页。

⑩ 雅尔哈善辑：《成案汇编》卷 1《殴死胞兄议准留养》，第 72 页。

犯大都准予了存留。乾隆十年有一起弟殴死胞兄，一死一抵，将绝一族十余代之祀案：

> 永兴仅止兄弟二人，并无子嗣，世代单传，家无次丁，别无承祀之人，一死一抵，情殊可悯，似应予准承祀，请旨照例减流等语……况乎此钱永兴者，子嗣既无，族人俱绝，较之平常承祀之例，更觉可悯。夫决之而仅绝永兴一人之祀，可斩也；决之而遂决永兴一家之祀，未可斩也；决之而遂决永兴一家之祀，未可斩，决之而遂决永兴一族十余代之祀，尤未可斩也。斩此一线相延之祀，而馁十世单传之鬼，朝廷钦恤之意，其谓之何哉……今此案十世单传者，较之不尤差重乎……钱永兴此案非平常承祀者可比，应仍照该抚所请准其承祀。乾隆十年七月二十九日。奉旨依议。[①]

官员上奏说明此案极为特殊，“斩此一线相延之祀，而馁十世单传之鬼”，钱永兴是家族十代唯一子嗣，不可不矜恤，乾隆帝依议准存留。“宗子”[②]“三代单传”[③]“承两房禋祀”[④]等特殊身份案犯，经大臣上奏，多会受到皇帝的特别关注。

纪昀《阅微草堂笔记》中也有一起弟杀胞兄的命案，案中兄弟一死一抵，家族五世之祀将斩。此案案情本身并不复杂，不过被纪晓岚文学化改写，添入了魂魄托梦等戏剧性情节，突出了此中情法两难之困：

> 有疑狱，久未决，后鞫实为弟殴兄死，夜拟谳牍毕，未及灭烛而寝。忽闻床上钩鸣，帐微启，以为风也。少顷复鸣，则帐悬钩上，有白须老人跪床前叩头，叱之不见，而几上纸翻动有声。急起视，则所拟谳牍也。反复详审，罪实无枉。惟其家四世单传，至其父始生二子，一死非命，一又伏辜，则五世之祀斩矣。因毁稿存疑如故，盖以存疑为是也。余谓以王法论，灭伦者必诛；以人情论，绝祀者亦可悯。生与杀皆碍，仁与义竟两妨矣。[⑤]

案中人犯属于五世唯一子嗣，这类特殊身份案犯不只负担着本家的承祀重任，也肩负着本房甚至本族的血脉延续之责，统治者和司法官吏不忍因惩罚案犯一人而连带斩决其房支、其宗族，所以多准其免死，存留承祀。

乾隆年间，统治者和司法官吏在存留承祀条的司法适用中，逐渐意识到了“绝一人之祀”“绝一房之祀”和“绝一族之祀”的区别，这可能与同一时期社会上下不断讨论“独子兼祧”话题的背景有关。独子兼祧两房是明清基层社会无子立嗣的惯常做法，历经几番周折后，终于在乾隆四十年正式被官方认可。[⑥]立嗣问题虽与杀胞兄命案毫无关联，但前者所关切的“家”“房”“族”“小宗”“大宗”等重要概念的界定问题，在弟杀胞兄存留承祀条的司法实践中大都得到了官方回应。

冯尔康谈及存留承祀条的立法背景时，言“胞弟杀死胞兄，家中别无其他男子……避免产生香烟断绝的户绝现象”，张仁善与之观点相同。[⑦]中村正人也同样说明存留承祀条避免了“家中无人进行祭祀祖先的活动——当时所谓‘户绝’”。[⑧]然若结合该条在雍乾时期的具体实践变化，则会发现存留承祀条的适用条件已经从“户”中别无其他男子演进至“宗”中别无其他男子的

① 雅尔哈善辑：《成案汇编》卷1《殴死胞兄议准留养》，第71–72页。

② 沈如焞辑：《例案续增新编》卷2《夺刀误伤亲婶比例存留承祀》，第11–12页。

③ 沈如焞辑：《例案续增新编》卷2《殴死胞姐存祀》，第15页。

④ 沈如焞辑：《例案续增新编》卷2《承继伯父留养》，第59页。

⑤ 韩希明译注：《阅微草堂笔记》，中华书局，2014年，第664–665页。

⑥ “乾隆四十年，高宗特旨允以独子兼祧，于是始定兼祧例。兼祧者从权以济经，足补古礼之阙。《会典》服制别大宗、小宗，以大宗为重。”《清史稿》卷93《礼志十二·凶礼二》，第2728页。另见郑小悠：《清代“独子兼祧”研究》，《清史研究》2014年第2期。

⑦ 冯尔康：《清代宗族史论》，第31页；张仁善：《中国法律文明》，第367页。

⑧ 中村正人：《清律犯罪存留养亲条补考（二·完）》，《金泽法学》2004年第3期。

维度。[①]

除了例文未曾考虑“家”“房”“宗”绝嗣的区别外，另一方面，该条“先天性缺陷”——伦常失衡也在司法实践中不断遭人质疑。弟杀胞兄属于卑幼杀害尊长，原当列入“十恶”予以严惩，因存留承祀例文可获免死存留释放，其中宽免幅度甚大，恤刑甚滥。司法官常常提出，其他卑幼杀害尊长和尊长杀害卑幼案件亦属服制命案，相关案犯却无法享受此类恤刑，此中轻重明显失衡。如陈宏谋于乾隆十三年三月即指出，除了弟杀胞兄案外，其他“有服尊长之案，并无承祀之文”：

> 例内弟杀胞兄有准其存留承祀之条。臣前任湖北巡抚时，具题余廷佐殴死胞姊余氏一案，奉部驳令，确查应否承祀等因。查弟杀胞兄例应斩决，奉世宗宪皇帝特恩，轸念一死一抵，准其存留奉祀，此法外之仁也。此外遇有服尊长之案，并无承祀之文。如弟杀胞姊，亦查承祀，恐致滥觞，请嗣后除弟殴胞兄等案照例援请承祀，其余不得援引，果系情有可原，另声明情节，恭候钦定。得旨：所奏是，大学士九卿议奏。[②]

唯有杀胞兄者可独享存留承祀之策，而陈宏谋经手的“弟杀胞姊”案人犯，以及其他罪情更轻的服制命案人犯，一般情况下都无法获得宽免，司法官关于伦常失序的质疑自然愈积愈多。

面对非议，朝廷遂于陈宏谋上奏当年下令，弟杀胞兄案“概不准声请留养承祀”，同时声明例外情况，“若按其所犯情节，实可怜悯者，该督抚于疏内叙明，恭候钦定”。[③] 弟杀胞兄案再不准适用存留承祀条，于是乎唯有夫杀妻案犯才可声请存留承祀。

（二）妻命为轻观念的支持

夫杀妻案适用存留承祀条的背景至少可追溯至雍正十一年，刑部官员张照奏请皇帝，对于夫杀妻案犯，如家无承祀之人，可参照弟杀胞兄例文免死存留承祀：“请更定律例：一、夫殴妻死，审无故杀别情，如无承祀之人，准留承祀，枷责完结。”[④] 基于此，当年议准定例：

> 夫殴妻至死，并无故杀别情者，果系父母已故，家无承祀之人，承审官据实查明，取具邻、保、族长甘结，并地方官印结，将应行承祀缘由，于疏内声明请旨。如蒙圣恩俞允，将该犯枷号两个月，责四十板，准其存留承祀。[⑤]

因尚未发现其他材料可与张照此条奏文以及雍正十一年例文相互参照，杀妻案犯可以适用存留承祀条的具体立法缘由，目下无迹可寻。

中村正人分析推测，“除了户绝的危险性高这一理由外，殴杀妻子的罪行本身就比杀胞兄或杀害其他尊长的罪行轻”。[⑥] 从实践来看，杀妻案犯适用存留承祀条，在司法实践中产生的争议、讨论不多，的确与当时夫尊妻卑、男嗣为重的传统观念有关。“妻命为轻，其祖宗嗣续为重，故不论其获罪在家在外，一概准其承祀。”[⑦]

从例文来看，夫杀妻适用存留承祀条的限制条件较少。除了“亲故、丁单”外，夫杀妻案犯须无故杀等严重情节，同时满足以上案件类型、案犯罪情、家庭状况这几项条件者，即可准予存留承祀。如乾隆二十七年宋学林刃伤伊妻郭氏身死一案，司法官说明人犯与妻因口角相争，

---

① 关于“宗”与“户”概念上的区别，吕思勉有言：“宗法以宗为单位，户法以户为单位。以宗为单位，有小宗可绝、大宗不可绝之说。以户为单位，无某户可绝、某户不可绝之理。”吕思勉：《中国宗族制度小史》，第 34 页。

② 陈钟珂：《先文恭公年谱》卷 6《请严独子承祀之例以重伦纪》，北京图书馆编：《北京图书馆藏珍本年谱丛刊》第 96 册，北京图书馆出版社，1999 年，第 33–34 页。

③ 郭成伟主编：《大清律例根原》第 1 册，第 84 页。

④ 王锺翰点校：《清史列传》卷 19《张照传》，中华书局，1987 年，第 1451 页。

⑤ 郭成伟主编：《大清律例根原》第 1 册，第 82 页。

⑥ 中村正人：《清律犯罪存留养亲条补考（二・完）》，《金泽法学》2004 年第 3 期。

⑦ 胡夑卿辑：《刑部说帖揭要》卷 2《异姓义子殴妻致死准为本宗父母承祀》，道光十三年金匮张氏刊本，馆藏号：大木－法类－例案 –49，第 35 页。

原无故杀预谋，因此为人犯声请存留承祀："今该抚既称已死郭氏悍泼性成，因与伊夫宋学林角口，持刀拼命，宋学林夺刀跑避，郭氏复赶上撞头，宋学林急向前抵致伤，郭氏殒命，委无故杀别情。"① 然若杀妻案犯有故杀等情重情节，则不可获准存留。如乾隆三十三年黄明也砍伤伊妻郭氏身死一案，司法官指出其情罪严重，与存留承祀之例不符，不准存留："查黄明也将妻郭氏叠殴多伤，情近故杀，应将声请承祀之处毋庸议。"②

以往学者讨论存留承祀条时，未留意到该条在适用中遭遇到了"大宗、小宗"和"伦常失序"等司法非议，所以不曾结合例案仔细梳理存留承祀例文的历史演变，导致结论多有错漏矛盾之处。以上考证存留承祀条在雍正、乾隆时期从杀兄案到杀妻案的适用变化，期为不明此义者澄清疑惑。

三、从枷责释放到遣所生子的刑罚转变

前节已论，雍正四年统治者正式颁布存留承祀条例，该条原脱胎于存留养亲条，在刑罚方式上与后者无甚差别，独子人犯获准存留后，即可"免死减等枷责释放"，如《清史稿》言"留养承祀者，将该犯枷号两月，责四十板，释放"，③ 后世学者亦大都持此观点，即对留养承祀者的刑罚为杖责枷号。④ 但事实上，伴随着乾隆年间秋审制度的发展完善，并鉴于存留承祀条的实际施行效果，其刑罚方式在乾隆时期出现了根本转变。

依照雍正四年的规定，殴死胞兄，若准存留承祀的，案犯可经枷责后释放，"如蒙圣恩，准其承祀，将该犯免死减等，枷号三月，责四十板，存留承祀"。⑤ 杀胞兄案犯获准存留后，将从死罪减至枷责释放，宽免幅度甚大，社会效果并不好。基于司法实践，乾隆帝逐渐修改了存留承祀的减刑幅度。

乾隆四年有许直殴胞兄致死一案，地方官照往常一样，奏闻案犯家内特殊情况，声请存留人犯，乾隆帝阅罢提出异议：

> 许直合依弟殴胞兄死者斩律拟斩立决。再该抚疏称，许直之父许有通年已七十……家无以次成丁，若将许直拟抵，许有通老病残躯，无人奉养，可否将许直照例存留养亲……奉旨：凡弟杀胞兄之犯，本应立决，而遇有孤子因父母年老及家无次丁，例得奏请留养、承祀者，法外之仁也，若遽行宽免发落，罪止枷责，又未免过轻，许直改为应斩着监候，秋后处决，嗣后如有此等案件，即照此办理。⑥

乾隆帝指出，遽行宽释人犯，刑罚"未免过轻"，应改为斩监候，待秋审再行审查存留事宜，同时下令，"嗣后如有此等案件，即照此办理"。基于许直案，乾隆四年颁布了一则关键例文：

> 殴胞兄及大功、小功尊长致死，应拟斩决人犯，有奏请留养、承祀者，改为拟斩监候。遇秋审、朝审时，该督抚并承审衙门先期查明该犯父母是否尚存、其子已未成丁，取具印结，逐一声明，拟以缓决。九卿会审，另册进呈，恭候钦定。⑦

---

① 闵我备辑：《成案新编二集》之《殴妻至死承祀止问故杀与否不论伤之轻重》，乾隆二十七年刊本，馆藏号：大木－法类－例案－9，第67页。

② 马世璘辑：《所见集》卷4《犯罪存留养亲·殴妻多伤致死情近故杀不准承祀》，乾隆五十八年刊本，馆藏号：大木－法类－例案－11，第29页。

③ 《清史稿》卷144《刑法志三》，第4209页。

④ 王沛主编：《中国法律史入门笔记》，法律出版社，2020年，第183页；张晋藩主编：《中国法制通史（第八卷）·清》，第597页；马小红等：《中国法律史教程》，第236页。

⑤ 光绪《大清会典事例》卷733《刑部·名例律·犯罪存留养亲》。

⑥ 沈如焞辑：《例案续增新编》卷2《弟杀胞兄虽应留养仍拟斩候》，第19–20页。

⑦ 郭成伟主编：《大清律例根原》第1册，第83页。

例文规定存留承祀人犯“拟斩监候”，经秋审查明，“拟以缓决”。

乾隆九年，又发生一起王有来殴妻身死一案，刑部官员钱陈群借王有来案上奏说明“承祀与留养不同”，承祀人犯在“遣所”也可“生子承嗣以祭祀宗族”，存留养亲人犯适用的“枷责完结”不能直接适用于存留承祀人犯，否则有宽纵之嫌：

> 王有来殴妻黄氏身死，诬告许康侯喝令致毙一案……应如该抚所题，王有来依夫殴妻至死律拟绞监候，秋后处决。再王有来与承祀之例相符……今该犯殴妻至死，拟绞重罪，如蒙允准承祀，实止枷责完结……且承祀与留养不同，盖遣所亦可承祧，可否将该犯准其存留承祀，仍照诬告律杖流加徒，以符从重本律之处等语。应将王有来应行承祀缘由声明请旨定夺，倘蒙圣恩，准其承祀，仍将王有来杖一百，流三千里，至配所，加徒役三年。乾隆九年三月二十七日。奉旨：王有来从宽免死，准留承祀。余依议。①

钱陈群上奏说明“遣所亦可承祧”，请求将独子人犯王有来免死减等为“杖流加徒”，获乾隆帝认可。王有来案之后，乾隆九年颁布了一条重要的例文：

> 弟殴胞兄致死，援例承祀，改拟斩监候，于秋审、朝审时，另册进呈。蒙恩减等者，杖一百，流三千里，不准折枷责完结。②

对符合承祀条件的殴死胞兄案犯，以后只准处斩监候，秋审再议承祀缘由，也即不再准许地方官径直随案声请存留人犯。同时对于准予承祀的死刑人犯，处罚从雍正四年规定的免死枷责开释改为了入秋审免死拟流配，人犯在遣所入籍定居，续嗣延宗。

待到乾隆十三年，统治者明确下令弟杀胞兄案“概不准声请留养承祀”，从此之后，唯有杀妻案犯可以声请存留承祀。乾隆十三年例文：

> 凡弟杀胞兄，及殴杀大功以下尊长者，皆按律定拟，概不准声请留养、承祀……至夫殴妻致死，应留养、承祀之案，仍照定例遵行。③

杀妻人犯符合亲故、丁单条件者，处以斩监候，秋审时再审查承祀事宜，获准存留者，免死拟流配，人犯于遣所生子。杀妻人犯承祀生子，不急于一时，于遣所处服刑、安家，国法、人情皆可两全。

乾隆十三年以后，存留承祀条再无重要立法变化，司法裁判也趋于统一。如嘉庆二十三年（1818）华增宝一案，刑部说帖指出存留承祀者可于遣所承祀，“至犯亲已故，家无次丁之案，惟殴妻一项，始准承祀，其余皆例所不载。诚以承祀者，止欲贷其一死，随处皆可延宗祀。非若孤子留养，必欲留养其身，以侍其亲也”。④ 再如道光四年（1824）督抚声明流犯杜花亲故、丁单，符合存留承祀条件，刑部则指出流犯“随处可以延嗣”。⑤

四、结语

根据清初弟杀胞兄的一系列类案实践，存留养亲制度衍生出了一条新的例文——存留承祀条。延续千年的存留养亲条着眼于解决独子犯亲的现实奉养难题，而存留承祀条的立法宗旨在于避免男犯宗族将来无嗣继祀的困境。基于不同的出发点，雍正、乾隆年间，存留承祀条在适用案件类型、适用条件、刑罚方式等方面，与存留养亲条“渐行渐远”，逐渐自成一套制度规

---

① 沈如焞辑：《例案续增新编》卷 2《殴妻死诬告人准留承祀但承祀与留养不同仍照诬告律杖流加徒》，第 46–47 页。

② 郭成伟主编：《大清律例根原》第 1 册，第 83 页。

③ 郭成伟主编：《大清律例根原》第 1 册，第 84 页。

④ 胡燮卿辑：《刑部说帖揭要》卷 2《因疯殴死他人妇女不准声请承祀》，第 19 页。

⑤ 汪进之：《说帖辨例新编》卷 3《军流人犯随处皆可延嗣亲故无嗣不准承祀》，道光十六年活字印本，馆藏号：大木 – 法类 – 例案 –48，第 70 页。

范。嘉庆、道光以后，杀妻者存留承祀条例再无重大修改。直至清季西法东渐，因与舶来法制精神相悖，条文遂成明日黄花。

中国各朝代初期，胸怀政治抱负的当权者们莫不积极制定律典，尤其唐律以后，宋明清"江山几易，律典虽代有损益，但莫不奉唐律以为圭臬"，学者言，用"唐律情结"来概括李唐以后历朝修律的"心态"，应该是很恰当的。① 中华法系能够如此源远流长、生生不息，拥有如此旺盛的生命力，形式上纲要完备、内容上以"德礼为本"的律典的确功不可没；不过另一方面，倘若没有充盈着人文理性精神的司法实践，那么也只能是复制僵死的律文罢了。中国古代司法官吏大多自幼饱读儒家经典，深谙中庸思想，为人为事不刻板机械。从清朝包括存留承祀在内的各类命案秋审案件反复审转的相关材料来看，司法官吏大都熟读律例，能够正确援引相关条文，但在具体裁断环节，亦不坚持"条文主义"，面对疑难复杂案件，不会抱残守缺、故步自封。笔者希图通过梳理清朝犯罪存留承祀这样一个"微不足道"的例文的出现及演变过程，能够活泼泼地展现出传统中国司法文化内涵。

References

Feng Erkang. *Qingdai zongzu shilun* (Essays on Lineages in the Qing Dynasty). Tianjin: Tianjin renmin chubanshe, 2019.

Zhang Renshan. *Zhongguo falü wenming* (Traditional legal culture in China). Nanjing: Nanjing daxue chubanshe, 2018.

Zheng Xiaoyou. "Qingdai 'duzi jiantiao' yanjiu" (The system of single-heir dual inheritance in Qing Dynasty). *Qingshi yanjiu* (The Qing History Journal) 2 (2014).

The Emergence and Evolution of the Provision Concerning Exemption of Death Penalty to Perpetuate the Clan Line during the Yongzheng and Qianlong Reigns

WANG Aoyun (Law School of Zhejiang University of Finance & Economics; way0101way@126.com)

Abstract: The evolution and development of the provision of death penalty exemption for criminals' lineage, along with its connection and distinction from the provision exempting the death penalty for criminals to support parents, can be traced back to early Qing laws and legal cases. During the Yongzheng era, to address judicial concerns over "lack of heirs for the lineage" for those who had killed their brother, the rulers created a new provision of death penalty exemption for lineage by adapting the already existing provision exempting death penalties for criminals to care for parents. Criticisms such as "major family lines must not be severed, while minor lines can be" and sentencing disparities in kin-related homicides prompted a shift in the clause's applica-tion—from fratricide offenders to individuals who killed their spouses. To better align punishment, the penal approach transitioned from "exemption from death and release with cangue" to "ex-emption from death and banishment to fulfill lineage duties". Throughout the Qing Dynasty, rulers continuously refined the clause to balance the state's penal authority with the societal view that "having no descendants is the greatest misfortune", thereby creating this new regulation that shared similarities with but fundamentally diverged from the provision exempting death for parents.

Keywords: exempt death for lineage, exempt death to support relatives, family lines, banishment, Chinese legal system

---

① 苏亦工：《得形忘意：从唐律情结到民法典情结》，《中国社会科学》2005 年第 1 期。